Eerste Kamer der Staten-Generaal

1

Vergaderjaar 2015–2016

34 379 **Wijziging van de Telecommunicatiewet ter uitvoering van de netneutraliteitsverordening**

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 1 juli 2016

Met belangstelling heb ik kennis genomen van de vragen van de vaste commissie van Economische Zaken. Ik ben de leden van de verschillende fracties erkentelijk voor hun inbreng. Ik spreek de hoop uit dat onderstaande beantwoording zal bijdragen aan een snelle totstandkoming van het wetsvoorstel.

Vragen en opmerkingen van de leden van de VVD-fractie

De leden van de VVD-fractie en de CDA-fractie vroegen welke effecten het amendement Gesthuizen heeft en in hoeverre deze effecten afwijken van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Ook vroegen deze leden in relatie tot het amendement Gesthuizen in hoeverre de procedure in Nederland afwijkt van de gemiddelde procedure in Europa en welke gevolgen deze afwijking, gezien in de Europese context, heeft voor telecomaanbieders in vergelijking met de beoogde situatie in de netneutraliteitsverordening. Artikel 5 van de netneutraliteitsverordening maakt het mogelijk om algemeen verbindende voorschriften te stellen in het kader van de naleving van de artikelen 3 en 4 van de verordening. In het wetsvoorstel is de bevoegdheid tot het stellen van dergelijke regels toegekend aan de regering. Binnen het Nederlandse staatsrecht past het immers niet om de bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften toe te kennen aan een zelfstandig bestuursorgaan. Uitgangspunt van het oorspronkelijke wetsvoorstel was daarbij dat dergelijke regels alleen zouden worden opgesteld als daar in de praktijk behoefte aan zou bestaan. Het amendement Gesthuizen heeft echter ten aanzien van een tweetal onderwerpen, verkeerbeheersmaatregelen en gespecialiseerde diensten, het opstellen van regels verplicht gesteld. Hoewel het verplichte karakter van dergelijke regels niet mijn voorkeur had is het goed mogelijk om, binnen de reikwijdte van de verordening, over genoemde onderwerpen nadere regels te stellen. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de overwegingen van de verordening en bij de richtsnoeren van de BEREC. Het is daarbij wel zaak de regels zo op te stellen dat zij voldoende ruimte laten voor ontwikkelingen in de praktijk. Er moet bij de op te stellen regels dan ook eerder worden gedacht aan het nader invullen van

kst-34379-C
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2016

belangrijke uitgangspunten van de verordening dan aan gedetailleerde voorschriften gericht op een bepaalde situatie. Omdat ACM te allen tijde kan optreden op basis van de verordening (ook zonder nadere regels) is de extra tijd die gepaard gaat met de voorgeschreven voorhangprocedure in dit geval geen onoverkomelijk bezwaar.
De 28 lidstaten van de Europese Unie hebben ieder hun eigen specifieke nationale procedures om wetgeving tot stand te brengen. Het is niet goed doenlijk om aan te geven hoe de Nederlandse procedure zich tot de gemiddelde procedure in Europa verhoudt. De mogelijkheid om algemeen verbindende voorschriften te stellen komt, zoals hiervoor al aangegeven, voort uit de verordening. Dit betekent dat er ook in de andere Europese landen nationale regelgevende instanties zijn die dergelijke regels kunnen maken. Nederland verschilt daarin niet van de andere lidstaten van de Europese Unie. Iedere lidstaat kan zelf kiezen aan welk orgaan hij de bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften ter uitvoering van de verordening toekent. Uiteraard geldt daarbij altijd dat dergelijke regels in lijn moeten zijn met de verordening. In voorkomend geval is het aan de rechter, het Europese Hof van Justitie, om daar een oordeel over te vellen. Deze systematiek waarborgt voor alle landen van de Europese Unie dat aanbieders niet te maken krijgen met regels die niet in lijn zijn met de verordening.

Verder vroegen de leden van de VVD-fractie en de CDA-fractie of de regering het aanvaardbaar vindt dat, in tegenstelling tot het oorspronkelijke voorstel, tegen de regels in de algemene maatregel van bestuur geen beroep open staat terwijl dat tegen een beslissing van een onafhankelijke toezichthouder wel mogelijk is.
Tegen een algemeen verbindend voorschrift kan ingevolge artikel 8:3 van de Algemene Wet bestuursrecht inderdaad geen beroep worden ingesteld. Dat laat echter onverlet dat tegen (individuele) besluiten die zijn genomen op grond van dat algemeen verbindend voorschrift wel bezwaar en beroep kan worden ingesteld. Zo kan bij wijze van de zogenaamde exceptieve toetsing de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift dat de grondslag vormt voor het (individuele) besluit wel getoetst worden.

Ook vroegen de leden van de VVD-fractie en de CDA-fractie in hoeverre de netneutraliteitsverordening een verbetering vormt van de huidige situatie. Zij wezen daarbij op het feit dat de netneutraliteitsverordening beoogt dat bij voorbaat duidelijk is door welke vormen van niet-internetdiensten gebruikgemaakt kan worden van het telecomnetwerk. Daarnaast wezen bedoelde leden er op dat het voor telecomaanbieders en -afnemers duidelijk wordt wanneer maatregelen tegen (mogelijke) netwerkcongestie worden genomen.
Het Nederlandse regime zoals dat tot nu toe is vervat in artikel 7.4a van de wet laat evenals de netneutraliteitsverordening toe dat er via een bepaald elektronisch communicatienetwerk andere diensten dan internettoegangsdiensten worden geboden. Artikel 3, vijfde lid van de netneutraliteitsverordening, geeft daarbij, anders dan artikel 7.4a, criteria op grond waarvan kan worden beoordeeld of het bieden van een dergelijke andere dienst is toegestaan. Bij artikel 7.4a is dat niet het geval. Op dit punt vind ik de verordening een verbetering. Ten aanzien van de toelaatbaarheid van verkeerbeheersmaatregelen zijn er naar mijn opvatting grote overeenkomsten tussen de Nederlandse regeling en die van de verordening. Veel hangt echter af van hoe ACM de bepalingen met betrekking tot verkeersbeheer in de praktijk toepast.

Vragen en opmerkingen van de leden van de PVV-fractie

De leden van de PVV-fractie gaven aan dat bij calamiteiten spraakverkeer voorrang heeft op het andere verkeer en vroegen of de netneutraliteitsverordening de mogelijkheid biedt om prioriteit te verlenen aan bepaalde datadiensten. Ook vroegen deze leden of de regering het verlenen van prioriteit gewenst acht ten behoeve van de veiligheid.
Er bestaat geen algemene verplichting om bij calamiteiten spraakverkeer voorrang te geven op ander verkeer. Wel moet, en daar duiden de leden van de PVV-fractie waarschijnlijk op, een aanbieder van de openbare telefoondienst zorgen voor ononderbroken toegang tot alarmnummers. Dit betekent onder meer dat aanbieders van de openbare telefoondienst het 112-spraakverkeer bij congestie voorrang moeten geven op het andere verkeer. De netneutraliteitsverordening brengt hierin geen verandering. De openbare telefoondienst zoals die in Nederland geboden wordt is niet te beschouwen als een internettoegangsdienst in de zin van de verordening. Hierdoor zijn de netneutraliteitsregels niet van toepassing.
Wel worden er via de internettoegangsdienst zogenoemde over-the-top-diensten aangeboden die lijken op de «klassieke» telefoondienst, zoals bijvoorbeeld Skype. Voor dergelijke diensten geldt de verplichting om alarmnummers ononderbroken toegankelijk te maken niet. Dit komt doordat dergelijke diensten niet te beschouwen zijn als openbare elektronische communicatiediensten in de zin van de Telecommunicatiewet en de Europese richtlijnen op het terrein van de elektronische communicatie, zolang deze diensten voor de signaaloverdracht volledig gebruikmaken van de apart aan de gebruiker geleverde internettoegangsdienst. Bij herziening van het Europese telecomkader zal worden bekeken of het toegang bieden tot alarmnummers ook verplicht moet worden voor bedoelde over-the-top-aanbieders. Mocht daartoe worden besloten dan betekent dat dat het dataverkeer in het kader van de toegang tot het alarmnummer indien nodig voorrang moet krijgen op het andere verkeer.

De leden van de PVV-fractie wezen er verder op dat het wetsvoorstel een aantal wezenlijke veranderingen heeft ondergaan nadat de Raad van State is geconsulteerd. Zij noemden daarbij met name het amendement Gesthuizen. Zij wilden in dat verband weten of de regering voornemens is het wetsvoorstel alsnog aan de Raad van State voor te leggen.
Voor de beantwoording van de vraag of de gedurende de parlementaire behandeling aangebrachte wijzigingen in een wetsvoorstel aan de afdeling Advisering van de Raad van State moeten worden voorgelegd, is in eerste instantie bepalend of het ingrijpende wijzigingen betreft. Alleen die wijzigingen zullen moeten worden voorgelegd aan de afdeling Advisering van de Raad van State, tenzij dringende redenen zich daartegen verzetten (aanwijzingen voor de regelgeving (AR) nrs. 277 en 278). Wat betreft de bij nota van wijziging aangebrachte wijziging inhoudende een verbod op de zogenaamde «zero rating» ben ik van mening dat deze weliswaar belangrijk is voor het principe van netneutraliteit, maar dat dat nog niet betekent dat het hier om een ingrijpende wijziging van het wetsvoorstel gaat. Het gaat hier slechts om een explicitering van een regel die reeds uit de verordening voortvloeit. Maar zelfs indien ik tot de conclusie gekomen zou zijn dat het hier wel om een ingrijpende wijziging van het wetsvoorstel zou gaan, dan nog zou ik waarschijnlijk geen advies hebben gevraagd. Er zou dan wat mij betreft namelijk een dringende reden zijn die zich tegen advisering door de afdeling Advisering van de Raad van State verzet. Immers de verordening waarmee dit wetsvoorstel wordt geïmplementeerd is op 30 april jongstleden in werking getreden. Ik vind het belangrijk dat dit wetsvoorstel spoedig in werking treedt en zou er ook daarom niet voor gekozen hebben advies te vragen. Wat betreft de bij amendement aangebrachte wijzigingen in het wetsvoorstel ben ik eveneens van mening dat deze niet

ingrijpend van aard zijn. Bovendien is in AR 278 aangegeven dat over een amendement slechts advies wordt gevraagd, indien ik daar voor mijn oordeelsvorming over het amendement behoefte aan zou hebben. Daarvan was geenszins sprake. Ik heb mijn oordeel over dat amendement immers al gegeven tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer.

De leden van de PVV-fractie vroegen of het niet wenselijk was de (concept-)richtsnoeren van de BEREC af te wachten teneinde te voorkomen dat wetgeving passeert die in een later stadium weer dient te worden gecorrigeerd. Ook vroegen zij of het juist is dat in de conceptrichtsnoeren van de BEREC (enige) ruimte gelaten wordt voor prijsdiscriminatie en welke consequenties dit zal hebben voor de consument en voor de Nederlandse providers ten opzichte van hun buitenlandse concurrenten.
Het is juist dat de conceptrichtsnoeren van de BEREC enige ruimte laten voor prijsdiscriminatie, in het bijzonder voor zero-rating. Naar het oordeel van de Nederlandse regering gaat de BEREC daarbij echter ten onrechte voorbij aan het onder lid 3, eerste alinea, van artikel 3 van de netneutraliteitsverordening expliciet opgenomen verbod op discriminatie bij het aanbieden van internettoegangsdiensten. Uiteraard is het de BEREC niet toegestaan in de (niet-bindende) richtsnoeren van de verordening af te wijken. Om iedere onduidelijkheid omtrent prijsdiscriminatie bij de toepassing van de verordening weg te nemen, en vanuit het grote belang van een verbod op prijsdiscriminatie in de praktijk, is in het wetsvoorstel expliciet bepaald dat prijsdiscriminatie niet is toegestaan. De opvatting van BEREC kan er wel toe leiden dat er op het punt van prijsdiscriminatie verschillen ontstaan tussen lidstaten in de toepassing van de netneutraliteitsregels. Alleen een uitspraak van het Europese Hof van Justitie kan (definitieve) duidelijkheid geven omtrent deze kwestie.

De leden van de PVV-fractie wilden vervolgens weten of ik van mening ben dat het amendement Gesthuizen in strijd is met de verordening en of ik het uitvoerbaar acht in het licht van de richtsnoeren van BEREC. Zij wezen er op dat tegen een AMvB geen beroep kan worden ingesteld.
Dat laatste is juist. Tegen een algemeen verbindend voorschrift kan, zoals ik hiervoor al bij de vragen van de VVD-fractie heb aangegeven, ingevolge artikel 8:3 van de Algemene Wet bestuursrecht inderdaad geen beroep worden ingesteld. Dat laat echter, zoals gezegd, onverlet dat tegen (individuele) besluiten die zijn genomen op grond van dat algemeen verbindend voorschrift wel bezwaar en beroep kan worden ingesteld. Zo kan bij wijze van de zogenaamde exceptieve toetsing de verbindendheid van het algemeen verbindend voorschrift dat de grondslag vormt voor het (individuele) besluit wel getoetst worden. Ik heb tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer het amendement waarin de regering wordt verplicht nadere regels te stellen omtrent congestie en de zogenaamde «andere diensten» als bedoeld in artikel 3, vijfde lid, van de verordening ontraden, omdat het naar mijn mening op dit moment niet nodig is deze regels te stellen. Het door mij in procedure gebrachte wetsvoorstel bevatte al de mogelijkheid om, indien gewenst, regels te stellen ter uitvoering van de netneutraliteitsverordening, maar verplichtte daartoe, in tegenstelling tot het amendement, niet. Ik acht het amendement echter niet in strijd met de verordening. Het amendement is uitvoerbaar en ik zal bij het opstellen van de AMvB ook letten op hetgeen in BEREC in zijn richtsnoeren opneemt over de in het amendement genoemde onderwerpen.

De leden van de PVV-fractie vroegen voorts of de regering vindt dat de innovatieve ontwikkeling op het gebied van telecommunicatie in het

algemeen en internet in het bijzonder, gebaat is bij de netneutraliteitsverordening.
Veel innovatie op het internet vindt plaats op het terrein van de diensten die over het internet worden geboden. Het is daarbij van doorslaggevend belang dat nieuwe initiatieven vrije non-discriminatoire toegang hebben tot het internet. De netneutraliteitsregels zorgen daarvoor. De netneutraliteitsregels voorkomen immers dat een aanbieder van internettoegang bepaalde aanbieders van diensten over het internet een voorkeurspositie biedt, bijvoorbeeld door deze diensten voorrang te geven bij het afhandelen van verkeer of de door de eindgebruiker minder in rekening te brengen voor het transport van die dienst. Ik ben dan ook van mening dat de netneutraliteitsregels een belangrijke bijdrage leveren aan een klimaat dat alle ruimte biedt voor innovatie.

De leden van de PVV-fractie stelden tenslotte dat ACM heeft aangegeven dat rechtszekerheid pas zal ontstaan na consultatie van de rechter en verbonden daaraan de vraag of de regering het met hen eens is dat dergelijke gemankeerde wetgeving de Eerste Kamer niet dient te passeren.
Ik deel niet het oordeel van deze leden dat het hier om gemankeerde wetgeving zou gaan. Ik ben er van overtuigd dat ik met dit wetsvoorstel op correcte wijze de desbetreffende verordening implementeer. Meer algemeen geldt natuurlijk voor ieder stuk regelgeving dat het uiteindelijke oordeel ten aanzien van de verbindendheid daarvan aan de Europese of nationale rechterlijke instanties is, omdat die nu eenmaal een beslissing moeten geven in aanhangig gemaakte procedures. Daar vormt dit wetsvoorstel geen uitzondering op en in die zin klopt de uiting van ACM dan ook. Ik ben dus van mening dat het hier gaat om een deugdelijk wetsvoorstel en spreek hierbij de hoop uit dat het de Eerste Kamer spoedig zal passeren.

Vragen en opmerkingen van de leden van de SP-fractie

De leden van de SP-fractie vroegen of de regering het eens is dat internet bijna een nutsvoorziening is. De leden van de SP fractie vroegen tevens naar het oordeel van de regering inzake het teruglopen van investeringen in de netwerken.

Ten aanzien van het teruglopen van de investeringen merk ik allereerst op dat dit geen reden is tot zorg. De investeringen van de mobiele aanbieders in 4G netwerken hebben vanaf 2013 geleid tot een flinke toename van de investeringen. Inmiddels zijn de belangrijkste investeringen in uitrol van de mobiele 4G netwerken echter achter de rug en liggen de jaarlijkse investeringen weer op het niveau van 2012, ongeveer 2,5 miljard euro per jaar[1]. Nieuwe extra investeringsprikkels mogen verwacht worden naar aanleiding van de nieuwe veiling (o.a. voor 5G), die gepland staat voor 2019.

Ik deel de opvatting dat toegang tot internet vaak onmisbaar is in het dagelijks leven en derhalve kan worden getypeerd als een nutsvoorziening. Een dienst die een basisbehoefte is voor vele Nederlanders hoeft echter niet altijd door de overheid te worden geleverd. In het geval van de telecommunicatie beschikt Nederland juist door alle private investeringen over één van de beste digitale infrastructuren van de wereld. Nederland beschikt daarbij over meerdere vaste telecomnetwerken (koper, kabel, glasvezel) en vier mobiele netwerkaanbieders. Zo heeft 97% van de huishoudens en 91% van de bedrijven toegang tot vast snel internet (30 Megabits per seconde of meer). Daarmee voldoet Nederland op dit

[1] www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15722/Telecommonitor-vierde-kwartaal-2015/

moment al vrijwel aan de Europese doelstelling dat in 2020 iedereen toegang heeft tot internet met een snelheid van minimaal 30 Mbps. De overheid stelt de randvoorwaarden waardoor er een concurrerende, dynamische telecommarkt is, waarin telecombedrijven prikkels ervaren om te (blijven) investeren in stabiele en sterke netwerken. Investeringen in uitbreiding en verbetering van het ene netwerk, die tot een succesvol dienstenaanbod leiden, kunnen leiden tot investeringen in het andere netwerk van de concurrent. Zo hebben bijvoorbeeld de investeringen in het kabelnetwerk van Ziggo geleid tot prikkels voor KPN om haar kopernetwerk te verbeteren en ook in glasvezel te investeren.

Voor de regering is het van belang dat ook de circa 330.000 huishoudens en bedrijven die nog geen toegang tot snel internet hebben toegang hiertoe krijgen. Door inspanningen van marktpartijen, overheden en burgerinitiatieven kunnen steeds meer adressen hierover beschikken. De rijksoverheid vervult hierbij een faciliterende rol. Kortheidshalve wordt verwezen naar de recente brief aan de Tweede Kamer met de stand van zaken over de lopende ontwikkelingen omtrent snel internet in het buitengebied (Kamerstukken II, 2015/16, 26 643, nr. 410).

De leden van de SP-fractie vroegen verder of de regering een rol voor de overheid ziet voor de scheiding tussen netwerkbeheerders en aanbieders van diensten en naar de wenselijkheid om bij de aankomende uitrol van 5G te bezien of dat netwerk niet beter in handen van de overheid zou kunnen blijven.
Een algemeen verplichte scheiding tussen netwerkbeheerders en dienstenaanbieders is niet wenselijk, noch noodzakelijk. Ik zie dan ook geen rol voor de overheid op dit punt. Publieke belangen zoals keuzevrijheid, een goede prijs/kwaliteitverhouding en innovatie, waaronder investeringen in de continuïteit en kwaliteit van netwerken, zijn het best geborgd door een goed werkende en concurrerende telecommarkt. Belangrijk daarbij is dat er in Nederland sprake is van infrastructuurconcurrentie. Hierin onderscheidt de telecommunicatiesector zich van andere vitale netwerksectoren in Nederland, zoals drinkwater, gas, elektriciteit en spoor. In deze sectoren is de overheid, juist vanwege het monopoloïde karakter van deze netwerken, via een volledige deelneming eigenaar van het netwerk. In Nederland is sprake van een hoogwaardige digitale infrastructuur. De overheid waarborgt dat er effectieve concurrentie is om deze goede positie vast te houden. Daarnaast zijn er specifieke waarborgen voor het garanderen van publieke belangen met de wettelijke bepalingen over de universele dienst, continuïteit en buitengewone omstandigheden, de mogelijkheid van dekkingseisen of ingebruikname-verplichtingen in mobiele vergunningen en netneutraliteit. Zo levert de netneutraliteitsverordening een belangrijke bijdrage aan de bescherming van het publieke belang bij een vrij en open internet. Op grond van de netneutraliteitsverordening is de aanbieder van de internettoegangsdienst verplicht al het dataverkeer over zijn netwerk gelijk te behandelen, waardoor een internettoegangsaanbieder bepaalde internetdiensten (zoals Skype of Whatsapp) niet anders mag behandelen of tariferen omdat deze diensten concurreren met de «eigen» telefonie- of SMS-diensten van de aanbieder.

Uit het voorgaande mag duidelijk zijn dat ik het onwenselijk acht dat een netwerk in handen van de overheid komt. Ook bij 5G zal er ruimte zijn voor meerdere netwerken en zal er dus sprake zijn van (infrastructuur-)concurrentie. Het in eigen beheer nemen van een netwerk voor 5G door de overheid en de bijbehorende door de overheid gefinancierde uitrol van een eigen netwerk om hierna als een netwerkaanbieder te opereren, zou

een zeer marktverstorende ingreep zijn die niet wordt gerechtvaardigd door de omstandigheden in de Nederlandse markt die hiervoor zijn geschetst.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp